

## 祛魅与建构\*

### ——传统非法证据排除规则理论在网络环境中的反思

欧阳爱辉

(南华大学文法学院,湖南衡阳 421001)

**摘要:** 随着网络和计算机技术的迅猛发展,证据较之以往趋现出了更多新形态。传统非法证据排除规则的理论基础主要包括虚伪排除理论、抑制违法理论、保障人权理论和程序正义理论四种。通过对它们进行祛魅,针对网络空间特性提出了一种新的理论——网络空间自由权保护理论,认为虚拟网络环境中进行非法证据排除系出自国家对网络空间自由权的保护,维持网络交往自由。

**关键词:** 虚伪排除理论;抑制违法理论;保障人权理论;程序正义理论;网络空间自由权保护理论

**中图分类号:** D918 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-2404(2015)67-0083-05

就一般意义的非法证据排除规则(Exclusionary Rule of Illegally Obtained Evidence)而言,它主要强调在刑事诉讼中以非法手段获取之证据不得被采纳为认定被告人有罪的根据。作为一项基本的证据法规则,非法证据排除规则现今已在全球大多数法治国家得到了广泛运用。与实践应用相伴生的,便是学界和司法实务界在学理层面对其理论基础展开之深入探讨。经过多年的研究积累,目前世界上主要存在虚伪排除、抑制违法、保障人权和程序正义四种传统非法证据排除规则理论。

不过,现今主要的传统非法证据排除规则理论往往系对寻常现实社会中以非法手段获取证据行为进行排除之理论思辨。随着计算机IT时代的深入发展,特别是互联网逐步升级到“云计算”和“大数据”的超发达网络环境,网络犯罪、网络取证较往昔愈发普遍。那么对于虚拟的网络信息社会,这些传统非法证据排除规则理论究竟能否自圆其说?抑或是应当根据网络环境的特点推陈出新开始思考更适宜时代需要之全新理论?很明显,此类问题是在新形势下研究证据法学所必须面对的。有鉴于此,笔者特就传统非法证据排除规则理论在网络环境下

能否有效适用展开探讨,以求教各位同仁。

#### 1 引子:主要传统非法证据排除规则理论简述

证据法学发展至今天,在非法证据排除规则的主流传统理论方面,共形成了虚伪排除、抑制违法、保障人权和程序正义四种观点。实事求是地说,这四类主要传统观点从自身不同分析视角出发,虽多少也有些许缺憾,但在寻常现实社会的非法证据排除上均可圈可点,都较好地为社会现实相关司法实践提供了重要理论支撑。

第一种主要传统理论是虚伪排除理论。持这种理论的学者指出,刑事诉讼以查明案件真相为重要目标,当犯罪嫌疑人或被告等在遭受威逼利诱的情况下,个人意志自由或多或少将受到影响,为了能暂时摆脱或缓解眼前的身体与心理痛苦,他们难免会做出违心的虚假陈述,这便悖离了刑事诉讼初衷。所以非法证据排除的价值即排斥虚伪陈述,最大化确保查明案情。“被不当的长期关押或拘禁之后的自白或者不自愿的自白,由于具有很大的虚伪性,应予排除。”虚伪排除理论充分考虑到了刑讯逼供恶劣情形下人们自我保护的本能,任何行为都是受到一定刺激而产生的,故其在心理学视角较好地揭示了非法证据排除价值之所在。但是,虚伪排除理论的缺陷也显而易见。首先,它认为非法证据排除是为了尽量减少刑讯逼供造成的虚假陈述追求真实,可除了刑讯逼供外相关人员的自由任意陈述也会出现虚假不实内容,甚至不比刑讯逼供时造成的虚假

收稿日期:2015-01-07

作者简介:欧阳爱辉,副教授,博士,硕士生导师,主要从事刑事诉讼法学等方面的研究。E-mail:basten2018@aliyun.com

基金项目:湖南省教育厅科学研究优秀青年项目(编号:14B155);《网络非法证据排除规则研究》暨南华大学博士科研启动基金项目(编号:2013XQD25);《云计算条件下的网络侦查法制化研究》的阶段性成果

陈述少;其次,证据收集除了言词证据外,还包括实物证据。实物大多是没有生命力的物品,断不会受到威逼利诱之干扰,该理论便无法说明以非法手段收集的实物证据也需排除。

第二种主要传统理论是抑制违法理论。持此理论观点的学者主张,非法证据排除规则建构的主要原因并不是排除犯罪嫌疑人或被告的虚伪陈述,其基本目的系有效规制公权力机关之不法取证,确保刑事诉讼的公正性。所以,非法证据排除规则只排除公权力主体非法取证,对私权利主体并不适用。美联邦最高法院大法官布莱德利就曾明确指出,排除规则主要作用即依靠消除违法动力(公权力机关非法收集证据)促成警察对宪法性权利保障之尊重。这种传统理论一针见血地看到了公权力滥用的严重危害,希望凭借非法证据排除规则来有效规制公权力,无疑非常正确。不过,该理论也有着与生俱来的缺陷。首先,它要规制的仅仅只是国家公权力主体非法取证,可实质上私权利主体违反法律规定收集证据的负面影响也不容小觑。为有效保证私人开展刑事调查取证活动不背离法律公平正义之初衷,带来过多私力救济负面效应,设立非法私人刑事调查证据排除规则理应被纳入议事日程;其次,此理论过分夸大了公权力非法取证的危害,在事态紧急的特殊情况下,为了更大利益(如国家、社会整体利益)适度牺牲极少数人利益理应获得法律宽容。

第三种主要传统理论是保障人权理论。持该理论的学者指出,国家必须对各类具有严重社会危害性的犯罪行为进行打击,但相关活动决不能侵犯任何公民(包括犯罪嫌疑人和被告)的正当权益。倘若取证行为侵害了公民正当权益,从人权保障视角出发,此刻获取之证据理当排除可采性。这正如米尔恩所言,“由于人权是普遍的并且在道德上永远不可剥夺的,所以,否认某些人类成员享有人权就必然是错误的。”强调人权保护,以非法证据排除规则来捍卫人权,自然具备着合理性。但保障人权理论不足之处同样存在。首先,因该理论非常高调地要求保护犯罪嫌疑人和被告权益,便难免走向极端——令人们产生错觉误以为只需要保护犯罪嫌疑人和被告权益,以其他相关人员权益受侵害为代价获取之证据是否合法问题将或多或少被视而不见;其次,与抑制违法理论相似,抑制违法理论夸大了公权力非法取证危害,它则过分夸大了人权保障的价

值。毕竟人权保障并不是不分场合与条件的,必要的时候,也应当允许例外情形出现。

最后一种主要传统理论系程序正义理论,持该理论的学者主张,程序正义的核心与实质在于程序主体的平等参与和自主选择。程序正义的一般原则包括裁判者的公正性、获得听审机会、判决理由和形式正义。非法证据排除规则的产生同样在于此——人们依靠对刑讯逼供等各类非法手段获取之证据进行排除,就可以确保裁判者不偏不倚地审理案件,并且令相关人员获得了对非法证据的陈述机会,判决理由也变得更充分有力,整个案件审理形式更加合乎正义要求。这种理论注重程序正义的维护,这显然是正确的。但它缺陷也不可避免。首先,非法证据排除是否仅仅就是基于程序正义的要求而没有人权保障等其他需要?简单化侧重程序正义便没法圆满解释人权保障之存在;其次,过分注重程序工具价值或者说程序的完美性,还会阻碍到实体正义的实现,进一步加剧程序与实体彼此的矛盾张力。

## 2 祛魅:主要传统非法证据排除规则理论在网络环境下的不足

所谓“祛魅”(Disenchantment),通常多指对于科学和知识的神秘性、神圣性、魅惑力的消解。从前述引子可知,虚伪排除、抑制违法、保障人权和程序正义这四种当前主要的传统非法证据排除规则理论都具有一定可取性,同时也有着自身缺陷,但总体来说其权威性毋庸置疑,能够有效适应普通现实社会需要。不过,当人类社会大踏步进入到信息时代后,这四种主流权威理论是否仍能就网络非法证据排除作出较圆满解释呢?笔者认为,科学技术给法学理论和法律制度造成之冲击是非常震撼的。倘若说在普通现实社会中四类理论观点还仅仅是白璧微瑕,放置于网络环境它们的不足就相对较严重甚至和信息社会语境有极大出入了。

首先,虚伪排除理论所强调的对“虚假不实内容”进行排除在网络环境下缺乏充分立论依据。毕竟虚伪排除理论提出之初衷系考虑到当犯罪嫌疑人或被告等在遭受威逼利诱等情况下,无法完全独立阐述个人意志自由,为尽快摆脱不利局面他们便难免做出虚假陈述以换得一时之快,但网络环境下的虚假陈述很难实施精确定。因为虚拟空间的信息传递大多依靠无法直接感知的“0”和“1”二进制数

字转换展开,非实体化的电子数据信息流显然跟传统现实社会中的物证、书证相差甚远,在相关的网络最佳证据规则、传闻证据规则未完成有效建构时,要与真实情况对应进行虚假陈述判断就绝非易事。况且,由于各类监控软件、云计算、大数据的出现,林林种种诸多信息获取并不要通过犯罪嫌疑人或被告等人员作出直接陈述,甚至当事人还在不知不觉中国家公权力机关就获得了一些私密信息。以2012年震惊全球的美国“棱镜门”为例,美英情报机构甚至在国家元首云集的G20峰会上对戒备森严的各国首脑电子邮件展开神不知鬼不觉的截获。国家政要都不能幸免,普通民众就更是如此。那么,是否相关人员没有遇到威逼利诱被收集的信息就一概可采呢?很明显虚伪排除理论根本无法回答这些问题,故其在网络环境下只能走进死胡同。

第二,抑制违法理论所注重的“规制公权力机关不法取证”在网络环境下不能满足司法实践需要。对现实社会里的公权力机关不法取证展开判断或许并非难事,因为很多情形都是彼此看得见摸得着的,譬如是否有刑讯逼供、威逼利诱等等?但虚拟的网络空间就不大容易了,毕竟其具备很高的技术含金量。而既然有浓厚的技术成分,一个非计算机专业的法官、律师以及普通民众又如何知晓公权力机关是否合法取证了呢?无论普通网页浏览监控、流量监视,或者FTP命令监视、TELNET命令监视、端口映射和PPPOE拨号支持等,都可以被国家公权力机关凭借高新技术手段极其巧妙地予以严密掌控。如此这般,司法实践要顺利完成公权力机关非法取证判定很难,那规制其不法取证就不免沦为了一句空话。此外,从前述可知,抑制违法理论对私权利主体违反法律规定收集证据是忽略的。或许传统环境中普通私个体非法取证并不大容易(譬如要展开刑讯逼供或购买专业技术设备实施监控等),但互联网状态内就相对较简单了。只要普通私个体拥有相应计算机知识,凭借在网上下载的某些特殊监控软件或“黑客”程序,便可在对方神不知鬼不觉时顺利窃取到自己需要的秘密信息。这类情形若不进行针对性遏制,久之危害也不容小觑。

第三,保障人权理论所主张的人权保护观点在网络环境下显得过于笼统。人权是人之所以成为人的基本权利,网络空间和现实社会一样会存在人权。例如网络隐私权、网络通讯自由权、网络虚拟财产所

有权等等,比比皆是。而刑事诉讼法制定的根本目的即在于惩罚犯罪和保障人权,故强调人权保护于最宏观层面自然毋庸置疑。但究竟人权具体范畴包括哪些,人权在网络环境内又发生了哪些异化与演变?这些迄今均是理论界和实务界存有大量争议的问题。倘若简单抛开具体内涵仅仅以人权保护之名笼统概之,这只会背离保障人权理论初衷,令它说服力无形中大大降低。毕竟概念有种概念和属概念之分,假如不能对网络环境内非法证据排除规则具体保护的人权(如网络隐私权、网络通讯自由权等下位种概念)作出详尽界定,仅用人权这一宏大叙事话语的上位属概念一言以蔽之,显然在理论层面没能真正将其阐述清晰,达不到理论指导实践之基本要求。对此哲学家胡塞尔也曾指出,只有(具体化的)内感知通常才能被人们认为具备明见性。

第四,程序正义理论所着眼的程序正义维护在网络环境下欠缺明确的运作基础,无法说明现实社会与网络环境非法证据排除的程序正义差异性。毫无疑问,确保程序正义促使裁判者能不偏不倚的审理案件乃刑事诉讼本有之义。但网络环境中的程序正义究竟当如何实现,它同一般意义的程序正义是否会存有差别?这是该理论必须回答的问题,也恰恰是它回避或者说忽略了的问题。因为正义宛如一张普洛透斯的脸,位于不同视角往往会得出不同的结论。要判断程序正义能否得到维护,必须要以法理和国家颁行的法律法规为参照物。可互联网毕竟系近十多年兴起的新事物,存在着大量法理和法律空白。譬如2012年最新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》在《侦查》这一章内虽专门设置了第八节对技术侦查措施进行明确规范,但全节并未一字单独提及网络环境侦查。随后最高人民法院颁行的《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》也仅就电子数据审查、认定做了规范。网络侦查取证的范围、方式、具体程序均缺乏国家法律法规进行明确指引。既然法理和法律制度都无定论,那在“无法可依”情况下程序正义究竟有无实现便无法判断,丧失了该理论的明确运作基础。并且,由于电子数据和传统证据有较大差别,若不能建立起自己特有之非法证据排除规则,这样的程序正义也是笼统的,无法阐释它与一般非法证据排除规则的异同。

### 3 建构:网络空间自由权保护——新的网络环境非法证据排除规则理论

从前文探讨不难发现,当前主要的传统非法证据排除规则理论虽在普通现实社会中权威性不容否定,但在网络环境下,其基础大受动摇。法律的最高理念需要永远将目光穿梭于文字规范和奔涌不息的社会之间,如此一来方可真正实现法的正义性、安定性及合目的性。有鉴于此,笔者吸收现有四种主要传统非法证据排除规则理论之优点,并根据网络空间自身特性,提出一种专门适用于网络环境非法证据排除规则的新理论——网络空间自由权保护理论。具体言之,即在特殊虚拟网络环境中进行非法证据排除系出自国家对网络空间自由权的保护。

长期以来,对于网络空间的立法一直存在网络自由和网络管制两种观点。前者认为网络空间是一个自由的空间,它以共享文化为基石,鼓励草根大众积极参与,互联网展现出的迅速、便捷、完美之性能令各种思想都可在其中获得勇敢表达。网络空间甚至正逐渐形成一个新的全球性市民社会,它有自己的组织形态、价值标准和行为规则;后者则指出计算机王国不是也从来没有成为过一个绝对不受约束的独立王国,法律乃保护人民权利之最后屏障,故网络管制有其正当性。笔者认为,互联网作为一个开放共享、快捷便利的交流空间,它最大的正面价值便是彰显了个性自由,但若完全放任自由,又会像打开了的潘多拉魔盒那般一发不可收拾。所以网络空间立法就如市场经济要求以自由经济为基础,国家必要干预为辅助一样,必须以维护网络自由为主体,国家进行必要管制为保障。放置到网络环境非法证据排除上,也即强调排除以非法手段收集的证据可采性系出于对网络空间自由权的保护,以确保网络交往自由。

确立网络空间自由权保护理论,其最大优势便在于充分结合了网络环境自身特点。由上可知网络空间立法要以捍卫网络自由为主干,那么非法证据排除规则在网络环境运用同样应不得损害网络空间自由。归根到底,无论互联网中的“虚假不实内容”排除、“规制公权力机关不法取证”、人权保护或维护程序正义,都同保护网络空间自由权同源同宗,而网络空间自由权保护又进一步克服了它们的缺陷。

其一,和虚伪排除理论相比。既然非法证据排

除规则在网络环境下使用是为了保护网络空间自由权,若网络空间自由得到有效维护,民众自然会在这里畅所欲言,而畅所欲言情形下就不可能出现虚假陈述。至于国家公权力机关依靠各类高科技手段趁民众尚未察觉就截获大量私密信息,虽不属于遭遇威逼利诱作的虚假陈述,但秘密截获无疑会构成对民众网络空间自由权(网络通讯自由)的侵害。所以,网络空间自由权保护理论就相对较虚伪排除理论更符合网络环境实际。

其二,和抑制违法理论相比。对网络空间自由权的保护很明显包含了“规制公权力机关不法取证”,因为假如国家公权力机关依靠技术手段进行非法取证,这对以自由为承载主体的互联网来说,断然会阻碍到自由。以侦查机关借助“捕食者”等截获软件非法侵入民众加密邮箱为例,不论将这类侵入视为是对私人住宅的侵犯或者对通讯自由、言论自由的侵害,总之它们均系一类网络空间自由权破坏。至于那些技术色彩浓厚的秘密窃取或者普通私个体非法取证,在维护网络空间自由权的目的下,即便很难对其取证手段是否合法展开定性,但要界定它们是否侵犯空间自由则相对较容易。

其三,和保障人权理论相比。更具体的网络空间自由权保护比笼统言之的人权保护要详尽确切得多。在最广义层面,网络空间自由权当然也属于人权范畴,即信息社会人权的种概念,但它比人权更加贴切,更符合语境需要,能够鲜明地体现出传统意义人权在互联网内的变化。这样一来,司法实践指导意义也更加浓厚。譬如侦查机关针对客户端(本地计算机)、“云端”(一级服务商)、“子云”(“云端”下属的子服务提供商)、物理接入节点一整套环节进行技术取证,简单要求取证不得侵害人权就没有强调保护网络空间自由权具体有实质意义。

最后,和程序正义理论相比。以网络空间自由权保护为主旨,既符合程序正义要求,还能够将程序正义在信息时代的运用具体化,有效阐明普通现实社会与网络环境非法证据排除的程序正义差异性。因为互联网状态下的非法证据排除,以保护网络空间自由权为初衷。这种自由权无论系言论自由、通讯自由、私有住宅不受侵犯、私有财产不受侵犯等等,只要得到妥善保护,那么非法取证就将杜绝,裁判者便可客观公正地审理案件进而实现程序正义。并且它将程序正义在信息时代具体展现为保护网络

空间自由权,不像简单论述程序正义那般笼统。兼之“网络空间自由权”的定性又直截了当地指出了此非法证据排除规则和传统非法证据排除规则必然会在基本原则、排除范围、排除的提出主体、具体程序、证明责任与标准、法律后果、除外规定、配套措施等各方面存有较大差异,将有助于二者进行明显区分。

#### 4 结语

随着信息时代到来,网络已逐渐发展成人们包括犯罪分子工作生活不可或缺的平台。为顺利查明信息时代案情,在网络环境下获取各类证据至关重要。但网络非法取证也会侵害民众基本权益、损伤司法尊严和动摇法治理念,为此必须积极展开网络环境下的非法证据排除规则理论与实践探索。只有不断拓宽思路,继承传统观点并创设有价值的新理论,方能和新时代司法实践结合更加紧密。正如法学大家庞德曾指,“一个时代的法律精神是这一个时代一切社会制度的价值基础……”

#### 参考文献

- [1] 陈光中.刑事诉讼法[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2013.
- [2] 杜学毅.中国非法证据排除规则构建研究[D].长春:吉林大学,2013.
- [3] 湖南省教育厅.高等教育心理学[M].长沙:湖南大学出版社,2005.
- [4] 欧阳爱辉.论非法私人刑事调查证据排除规则[J].江西警察学院学报,2012(4).
- [5] [英]A.J.M.米尔恩.人的权利与人的多样性——人权哲学[M].夏勇,张志铭译.北京:中国大百科全书出版社,1995.
- [6] 樊崇义.诉讼原理[M].北京:法律出版社,2003.
- [7] 李娜.“棱镜门”暴露出大数据时代隐私危机[J].科技导报,2013,31(9).
- [8] 胡肖华,徐靖.论公民基本权利限制的正当性与限制性原则[J].法学评论,2005(6).
- [9] 庄威.散漫的严格——一种私人现象学的形成[M].北京:中央编译出版社,2014.
- [10] 尹衍波.电子商务法规[M].北京:清华大学出版社,北京交通大学出版社,2007.
- [11] 李明.监听制度研究——在犯罪控制与人权保障之间[M].北京:法律出版社,2008.
- [12] [美]罗斯科·庞德.普通法的精神[M].唐前宏,廖湘文等译.北京:法律出版社,2001.

## Disenchantment and Construction ——Reflection on Traditional Exclusionary Rule of Unlawfully Obtained Evidence in Network Environment

OUYANG Aihui

(Faculty of Law and Literature, University of South China, Hengyang Hunan Province 421001, China)

**Abstract:** Along with the rapid development of network and computer technology, more forms of evidence emerge than before. Traditional exclusionary rule of unlawfully obtained evidence includes four fundamental theories of falseness exclusion, unlawful action control, human rights protection and procedure justice. But in the context information society the four theories seem a bit powerless. The paper tries to disenchant these theories and proposes the new theory—cyberspace liberty protection in view of the network space. It also regards exclusionary rule of unlawfully obtained evidence in the virtual environment as state protection for cyberspace liberty and guarantee for network communication freedom.

**Key words:** falseness exclusion theory; unlawful action control theory; human rights protection theory; procedure justice theory; cyberspace liberty protection theory